

EL CASO *ECONET*: REQUIEM POR UN ACUERDO ARBITRAL FRUSTRADO

*Francisco González de Cossío**

Introducción

Un caso reciente arroja lecciones prácticas sobre la *redacción y ejecución* de acuerdos arbitrales.

El caso es dramático. Su desafortunado desenlace derivó de lo que expertos (eufemísticamente) llaman una ‘cláusula arbitral patológica’, aunado a una omisión judicial. Afortunadamente, es útil para quienes aprenden de la experiencia ajena.

Antecedentes

*Econet Wireless Ltd. v. First Bank of Nigeria, et al*¹ surgió de una coinversión entre Econet Wireless International, una sociedad de Bermuda, First Bank of Nigeria y First Independent Networks Limited (un consorcio empresarial nigeriano) cuyo objetivo era obtener la concesión para incursionar en el mercado de telefonía celular de Nigeria. La coinversión incluyó un conjunto complejo de contratos y operaciones financieras, la emisión de series especiales de acciones para atraer capital de otros inversionistas como remedio a ciertos problemas financieros, y ofertas de adquisición por terceros que tuvieron como resultado la exclusión del demandante como accionista de Econet Wireless Nigeria.

* Árbitro. Fundador de González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

¹ 21 Mealey’s International Arbitration Report no. 5, Mayo de 2006, pgs. C-1 a C-10; Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXI, 2006, Kluwer Law International, pgs. 49 a 65.

En forma paralela a litigios en Nigeria se inició un procedimiento arbitral con fundamento en el siguiente acuerdo arbitral contenido en un Convenio de Accionistas:²

Cualquier disputa, controversia o reclamación entre las Partes que surja de o en relación con la interpretación o ejecución de este contrato o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo será finalmente resuelto mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en vigor al momento de la controversia. El número de árbitros será tres y serán designados por el Juez Presidente de la Corte Federal de Nigeria a solicitud de cualquiera de las Partes. El Juez Presidente deberá especificar quién de los tres árbitros fungirá como Presidente del tribunal arbitral. La sede del arbitraje será Nigeria y el idioma del arbitraje será inglés.

Como puede observarse, las partes contemplaron al Reglamento de la UNCITRAL de 1976 (el “Reglamento”), pero con una modificación que acabó siendo la semilla del fracaso del caso: contempló como mecanismo para suplir problemas en la constitución del Tribunal Arbitral a la judicatura de Nigeria. Ello modificó el régimen normalmente aplicable que establece que, ante la ausencia de la designación por las partes de un árbitro, o de los dos coárbitros del Presidente del Tribunal, será la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (Permanent Court of Arbitration - “PCA”) quien designe a la autoridad nominadora del Tribunal Arbitral.³

Surgida la controversia se acudió al Juez Presidente de la Corte Federal de Nigeria para la designación del Tribunal Arbitral. Desafortunadamente, se negó a actuar. Ante ello la demandante acudió a la PCA, quien a su vez designó a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la

² Traducción del autor de lo siguiente:

Any dispute, controversy or claim between the Parties arising out of or in relation to the interpretation or execution of this agreement or the breach, termination or invalidity thereof shall be finally settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect as at the date of the dispute. The numbers (*sic*) of arbitrators shall be three and they shall be appointed by the Chief Judge of the Federal High Court of Nigeria upon an application by any of the Parties. The Chief Judge shall specify which of the three arbitrators shall serve as the Chairman of the arbitral tribunal. The venue of arbitration shall be Nigeria and the language of the arbitration shall be English.

³ En resumen el artículo 7 del Reglamento establece que, en caso de que un árbitro no sea nominado, sea por la parte en cuestión o por los coárbitros, la “autoridad nominadora” (appointing authority) que las partes hayan señalado los escogerá. Si las partes no han establecido qué institución fungirá como autoridad nominadora, el Secretario General de la PCA la escogerá.

“CCI”). Ésta nombró un Tribunal Arbitral compuesto por tres (destacados) árbitros.

La demandada cuestionó la jurisdicción del Tribunal arguyendo que la composición del mismo era contraria al pacto de las partes. No controvertía la negativa a actuar por el juez nigeriano. El corazón de su argumento era que, si las partes habían acordado que sería la judicatura nigeriana quien designaría al tribunal, tenían que atenerse a ello. Y ello permanece incólume aun en presencia de la ineficacia del pacto dada la negativa a actuar del juez nigeriano.

El Tribunal Arbitral, en ejercicio de su facultad de decidir sobre su propia competencia, determinó que carecía de la misma por no estar el Tribunal constituido acorde a la voluntad de las partes.

La premisa de su conclusión fue que la interpretación sugerida por la actora carecía de sustento contractual. Del texto del acuerdo arbitral se veía claramente que la autoridad que las partes contemplaron que designara al Tribunal era la judicatura nigeriana, no la PCA. La postura de la actora en el sentido que, dada la ineficacia de ello, debía entenderse que debía aplicar el régimen normal bajo el Reglamento (sin modificación) carecía de sustento alguno. Implicaría una modificación importante del acuerdo de voluntades de las partes, y el Tribunal carecía de facultades para ello: el Tribunal es un órgano *ejecutor* de la voluntad de las partes, no *modificador* o *corrector* de la misma. El que las partes hayan redactado un acuerdo arbitral *imperfecto* trae aparejado un resultado no deseado, pero el Tribunal no puede *componer* el mismo.

Comentario

A primera impresión, el caso parece malo. Después de todo, huele a denegación de justicia, y una respuesta positiva por parte del Tribunal hubiera sido acorde con el principio *favor negotii*: si la mecánica contractualmente pactada, no funciona el Tribunal debe *interpretar* el acuerdo arbitral de tal forma que tenga efectos.

El Tribunal opinó distinto. Utilizando argot jurídico mexicano, no se trataba de un ejercicio de *interpretación*, sino de *integración*. Al tratarse de un acuerdo arbitral, y al ser el mismo (tradicionalmente) interpretado en forma estricta, la opinión del Tribunal fue que *interpretación* no podía convertirse en *integración*. La distinción es sutil, mas trascendente.

Interpretar es desentrañar el sentido oculto de una norma (en este caso contractual). *Integrar* implica reconstruir. Llenar lagunas. Y es aquí donde encontramos la lección más importante del caso: si las partes *construyen* un acuerdo arbitral defectuoso, deben de atenerse a sus consecuencias.

Moralejas

Muchas son las moralejas que pueden derivarse de esta (triste) experiencia. Deseo resaltar tres:

1. Para los redactores de contratos: La redacción de acuerdos arbitrales es un ejercicio delicado. Pero existe una medida fácil para evitar problemas estilo *Econet*: emular en lugar de reinventar.

Repetiré una sugerencia dicha *ad nauseam* por expertos en arbitraje con respecto a cláusulas arbitrales: es más fácil, y pro-cliente, copiar los formatos de cláusulas arbitrales sugeridas por reglamentos, que elaborarlas *de novo*. El riesgo de no seguir la sugerencia es alto, como lo demuestra *Econet*.

2. La Judicatura: La Judicatura de cada jurisdicción juega un papel importante en el diseño y funcionamiento del sistema de adjudicación global. Es decir, del Estado de Derecho mundial. Para que el arbitraje funcione, la Judicatura tiene que implementar los (excepcionales pero importantes) pasos que el derecho arbitral le contempla. No es que uno sea mejor que otro, sino que ambos se complementan. Son pilares distintos que soportan un todo. Sin uno, el edificio se derrumba. Y la seguridad jurídica de quienes descansan en la eficacia del sistema arbitral se desmorona.

3. Los escépticos: se ha insinuado que el principio *compétence-compétence* tiene un defecto de origen: pone en manos del Tribunal determinar su competencia, lo cual es como dejarle a un niño determinar cuántos dulces comer. La preocupación es infundada, y *Econet* lo demuestra.

Auguste Comte decía que el *único* conocimiento es el empírico. Disiento. El sabio no es aquél que ha vivido mucho en carne propia, sino quien sabe aprender de la experiencia ajena.

Habiendo aprendido de la experiencia de *Econet*, no queda más que tocarle un *réquiem*. Esperemos que las moralejas se asimilen y permitan que en el futuro sea un *allegro* el que se escuche al ejecutar de acuerdos arbitrales.